

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN**

SALA 1

RESOLUCIÓN N° 044-2018-OS/TASTEM-S1

Lima, 17 de abril de 2018

VISTO:

El Expediente N° 2010-277¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por Sociedad Eléctrica del Sur Oeste S.A.² (en adelante, SEAL), representada por el señor Freddy Francisco Bejarano Flores, contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2394-2017-OS/OR AREQUIPA de fecha 14 de diciembre de 2017 (emitida en atención a lo dispuesto en la Resolución N° 146-2016-OS/TASTEM-S1), mediante la cual se la sancionó por incumplir la normativa vigente sobre contribuciones reembolsables en el servicio público de electricidad, detectada en la supervisión muestral correspondiente al año 2006³.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2394-2017-OS/OR AREQUIPA de fecha 14 de diciembre de 2017⁴, se sancionó a SEAL con una multa de 9,79 (nueve con setenta y nueve centésimas) UIT, por no haber valorizado correctamente las obras evaluadas en la supervisión muestral correspondiente al año 2006 en función del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR), de conformidad con lo establecido en los artículos 83° y 85° de la Ley de Concesiones Eléctricas y los numerales 2.2 y 2.4 de la Directiva N° 001-96-EM/DGE, "Directiva sobre Contribuciones Reembolsables y su Devolución a Usuarios de Energía Eléctrica" (en adelante, Directiva sobre Contribuciones Reembolsables).

Cabe señalar que la autoridad de primera instancia señaló que la conducta anteriormente mencionada se encuentra tipificada como infracción administrativa en el numeral 1.10⁵ del Anexo N° 1 de la Escala de Multas y Sanciones de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica,

¹ El expediente SIGED es el N° 201300008012.

² SEAL es una empresa de distribución que tiene en su zona de concesión el departamento de Arequipa.

³ La supervisión por parte de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin se efectuó del 21 de abril al 20 de mayo de 2007 y dicha supervisión comprendió todo el año 2006.

⁴ Cabe señalar que mediante Resolución N° 143-2016-OS/TASTEM-S1 de fecha 12 de julio de 2016, este Órgano Colegiado declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por SEAL en cuanto a la comisión de la infracción administrativa consistente en no haber valorizado correctamente las obras en función del VNR; sin embargo, se declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18823 del 14 de mayo de 2013 respecto al importe de la multa impuesta por la comisión de la infracción anteriormente mencionada, debido a que no se había motivado debidamente el importe de dicha multa. Por tal motivo, se devolvieron los actuados a la primera instancia administrativa a fin de que emita un nuevo pronunciamiento en este extremo.

⁵ El numeral 1.10 del Anexo 1 de la Resolución N° 028-2003-OS/CD sanciona la siguiente conducta:

"Incumplir la Ley, el Reglamento, las normas, Resoluciones y disposiciones emitidas por el Ministerio, la Dirección u OSINERG, así como las demás normas legales, técnicas y otras vinculadas con el servicio eléctrico".

Asimismo, por dicha infracción se prevé como sanción una de multa de 1 hasta 500 UIT en caso se trate de empresas de tipo 3.



contenida en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Osinergmin, aprobada por Resolución N° 028-2003-OS/CD.

2. Con escrito de registro N° 201300008012 del 5 de enero de 2018, SEAL interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2394-2017-OS/OR AREQUIPA, en atención a los siguientes argumentos:
- a) Respecto a la valorización de las obras observadas, detalladas en el Cuadro N° 1 de la resolución apelada, el supervisor de Osinergmin ha valorizado el costo de la obra "*Subsistema de Distribución Primaria 10 kV Habilitación Santa Teresa – Vijoto*" en S/. 28 995,00, que es un monto mucho mayor a la inversión efectuada por el aportante, que representa la suma de S/. 21 381,12, sin IGV, lo cual conlleva a un perjuicio económico en contra de los intereses de SEAL y no se acredita un beneficio ilícito por parte de su representada, como manifiesta Osinergmin. El VNR de esta obra calculado por SEAL asciende a S/. 18 531,47.
 - b) En cuanto a la obra "*Subsistema de Distribución Secundaria Urbanización Monte Verde*", el supervisor de Osinergmin ha valorizado el costo de la obra en S/. 8 166,75, importe que supera en más del 10% el VNR del proyecto de obra aprobado con Resolución N° PY7039/2005-SEAL del 13 de julio de 2005, equivalente a S/. 7 255,05. En este caso, el VNR calculado por SEAL asciende a S/. 7 009,08.
 - c) En lo que se refiere a la obra "*Subsistema de Distribución Secundaria Cercado – Gobierno Regional de Arequipa*", el supervisor de Osinergmin no ha tomado en cuenta que la obra corresponde a un mejoramiento o remodelación de redes, por lo que de acuerdo con el artículo 98° de la Ley de Concesiones Eléctricas, la inversión efectuada no constituye una contribución reembolsable.
 - d) Con relación a la obra "*Subsistema de Distribución Secundaria Mirasol de Cayma*", el supervisor de Osinergmin ha valorizado el costo de la obra en S/. 50 350,82, que supera en más del 10% el VNR del proyecto de obra aprobado con Resolución N° PY/023/2005-SEAL del 27 de abril de 2005, equivalente a S/. 35 660,42. Asimismo, el VNR de esta obra calculado por SEAL asciende a S/. 32 577,92.
 - e) Sobre la obra "*Subsistema de Distribución Secundaria Residencial Tahuaycani*", el supervisor de Osinergmin ha valorizado el costo de la obra en S/. 14 819,41, que supera en más del 10% el VNR del proyecto de obra aprobado con Resolución N° PY/074/2005-SEAL del 4 de noviembre de 2005, equivalente a S/. 9 978,29. El VNR de esta obra calculado por SEAL asciende a S/. 7 634,38.
 - f) En el caso de las obras "*Subsistema de Distribución Secundaria Urbanización Monte Verde*", "*Subsistema de Distribución Secundaria Mirasol de Cayma*" y "*Subsistema de Distribución Secundaria Residencial Tahuaycani*", Osinergmin ha vulnerado lo dispuesto en el literal c) del numeral 2.4.1 de la Directiva sobre Contribuciones Reembolsables.
 - g) Los montos calculados por el supervisor de Osinergmin difieren del VNR calculado por SEAL debido a una incorrecta interpretación de la "*Guía de Elaboración del Valor Nuevo*



de Reemplazo de las Instalaciones de Distribución Eléctrica", aprobada por Resolución N° 329-2004-OS/CD.

- h) En el presente procedimiento sancionador se ha corroborado la falta de análisis de los medios probatorios en forma conjunta y razonada, situación que perjudica económicamente a SEAL, pues no se ha considerado que se trata de una empresa estatal. Por tanto, la resolución impugnada no se encuentra debidamente motivada.
3. Mediante Memorándum N° 9-2018-OS/OR AREQUIPA, recibido el 30 de enero de 2018, la Oficina Regional de Arequipa remitió al TASTEM el recurso de apelación, por lo que este Tribunal Administrativo, luego de haber realizado la evaluación del expediente y de la normativa vigente, ha llegado a las siguientes conclusiones.
4. Antes de proceder al análisis de los alegatos mencionados en el numeral 2) de la presente resolución, este Órgano Colegiado considera pertinente pronunciarse previamente, de oficio, sobre la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin.

Al respecto, debe tenerse presente que la Primera Disposición Complementaria Transitoria⁶ del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD y vigente desde el 19 de marzo de 2017, emitido con ocasión de la publicación del Decreto Legislativo N° 1272⁷, establece que los procedimientos administrativos actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones de dicho Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción.

Así, el artículo 31⁸ del citado Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin establece que la potestad

⁶ "Primera.- Los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones del presente Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor el presente Reglamento. En este último caso, se aplicarán tales disposiciones previo informe del órgano que emitió el acto administrativo que dio fin al procedimiento administrativo sancionador, siendo dicha decisión inimpugnable."

⁷ El Decreto Legislativo N° 1272 realizó diversas modificaciones e incorporó nuevas disposiciones a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, precisándose en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del mencionado decreto legislativo que las entidades debían adecuar sus procedimientos especiales a lo previsto en esta norma.

⁸ "Artículo 31.- Prescripción y caducidad

31.1 La potestad sancionadora de Osinergmin para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o sanción que corresponda, prescribe a los cuatro (4) años. El referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado. Asimismo, el inicio del plazo de prescripción considera lo siguiente:

- En infracciones instantáneas simples o instantáneas de efectos permanentes, el plazo de prescripción se contabiliza desde el momento en que se cometió la infracción, o en caso no pueda determinarse dicho momento, desde que se detectó.
- En infracciones permanentes, el plazo de prescripción se inicia desde que cesa la conducta infractora.
- En infracciones continuadas, el plazo de prescripción se inicia desde la realización de la última acción constitutiva de la infracción.
- Tratándose de infracciones al cumplimiento de indicadores en procedimientos de supervisión muestral, el cómputo del plazo de prescripción se inicia desde la finalización del periodo supervisado.

sancionadora de Osinergmin para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o sanción que corresponda, prescribe a los cuatro (4) años y el referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado.

Asimismo, el mencionado artículo señala que, en el caso de infracciones instantáneas simples o instantáneas de efectos permanentes, el plazo de prescripción se contabiliza desde el momento en que se cometió la infracción, o en caso no pueda determinarse dicho momento, desde que se detectó. En el caso de infracciones permanentes, el plazo de prescripción se inicia desde que cesa la conducta infractora.

Agrega el aludido artículo 31° que el cómputo del plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanuda si el trámite se mantiene paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles por causa no imputable al Agente Supervisado. También se suspende por mandato judicial o en los supuestos previstos en la ley.

Además, señala que el órgano sancionador o el órgano revisor declara de oficio la prescripción (aspecto que no se encontraba previsto en el ordenamiento anterior, pues se establecía que la prescripción ganada sólo podía ser alegada por los administrados en vía de defensa), ello en concordancia con lo estipulado en el artículo 233.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁹, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272.

En el caso bajo análisis, la infracción administrativa consistente en no haber valorado correctamente las obras en función al VNR tienen el carácter de infracción instantánea simple, toda vez que la conducta infractora se produjo y se consumó en un momento determinado, sin perdurar sus efectos en el tiempo.

Así, dicha infracción se configuró en el momento en que SEAL fijó el VNR de las obras materia de supervisión, aunque de manera incorrecta, según lo detectado en la supervisión realizada por la entonces Gerencia de Fiscalización Eléctrica de Osinergmin. Por tanto, al tratarse de una infracción instantánea simple, el inicio del cómputo del plazo de prescripción comienza en la fecha en que se cometió la infracción anteriormente señalada.

En este sentido, para efectos del presente análisis, este Órgano Colegiado tomará como referencia la fecha de detección de la infracción, esto es, el 20 de mayo de 2007, día de culminación de la supervisión muestral realizada a SEAL.

31.2 El cómputo del plazo de prescripción se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanuda si el trámite se mantiene paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles por causa no imputable al Agente Supervisado. También se suspende por mandato judicial o en los supuestos previstos en la ley.

31.3 El órgano sancionador o el órgano revisor declara de oficio la prescripción, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que corresponda."

⁹ "Artículo 233.- Prescripción

(...)

233.3 La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos.

(...)

Ahora bien, con el objeto de facilitar el cómputo del plazo de prescripción se ha elaborado la siguiente línea de tiempo:



De lo anotado previamente, es necesario hacer las siguientes precisiones:

- i. Primer periodo de cómputo: se inicia el día que se detecta la infracción, esto es, el 20 de mayo de 2007 y se prolonga hasta el 15 de noviembre de 2010, día anterior a la fecha que se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, lo que ocasionó la suspensión del cómputo del plazo de prescripción.
- ii. Periodo de suspensión: comienza el 16 de noviembre de 2010, cuando se notificó el inicio del procedimiento sancionador. La concesionaria presentó sus descargos el 7 de enero de 2011 y luego el procedimiento estuvo paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles. Por ello, el cómputo del plazo de prescripción estuvo suspendido hasta el 11 de febrero de 2011.
- iii. Segundo periodo de cómputo: se inicia el 12 de febrero de 2011 y se extiende hasta que se cumpla el plazo de 4 (cuatro) años, considerando el cómputo inicial del primer periodo. Así, la primera instancia tenía hasta el 15 de agosto de 2011 para determinar la existencia de la infracción administrativa e imponer la sanción sin incurrir en el supuesto de prescripción.

De la verificación de los plazos indicados en los párrafos precedentes, se advierte que el 16 de agosto de 2011 se configuró la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de la infracción administrativa objeto de análisis.

En este punto, resulta oportuno mencionar que si bien mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18823 de fecha 14 de mayo de 2013 se resolvió reducir la multa impuesta a SEAL a 10,48 (diez con cuarenta y ocho centésimas) por la infracción administrativa consistente en no haber valorizado correctamente las obras en función del VNR, debe tenerse presente que en aquella oportunidad SEAL no alegó la prescripción en vía de defensa y en el ordenamiento anterior no se encontraba previsto que el órgano



RESOLUCIÓN N° 044-2018-OS/TASTEM-S1

revisor evaluara la prescripción de oficio; por lo que mediante Resolución N° 143-2016-OS/TASTEM-S1 de fecha 12 de julio de 2016, este Órgano Colegiado declaró la nulidad de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Eléctrica N° 18823 respecto al importe de la multa impuesta por la comisión de esta infracción administrativa, debido a que no se había motivado debidamente el importe de dicha multa, devolviéndose los actuados a la primera instancia administrativa a fin de que emita un nuevo pronunciamiento en este extremo.

En este sentido, en la medida que el procedimiento administrativo sancionador aún se encuentra en trámite, corresponde que este Órgano Colegiado se pronuncie de oficio respecto de la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin, en concordancia con lo establecido en el mencionado artículo 31° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin.

En consecuencia, considerando que la Resolución de Oficinas Regionales Osinergmin N° 2394-2017-OS/OR AREQUIPA fue emitida el 14 de diciembre de 2017, esto es, con posterioridad al 16 de agosto de 2011, corresponde declarar de oficio la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de la infracción administrativa consistente en no haber valorizado correctamente las obras en función del VNR y disponer el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 2010-277 (Expediente SIGED N° 201300008012).

5. Acerca de lo alegado en los literales a) al h) del en el numeral 2) de la presente resolución, carece de objeto que este Órgano Colegiado se pronuncie sobre el particular, dado que se ha dispuesto el archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador contenido en el Expediente N° 2010-277 (Expediente SIGED N° 201300008012), al haberse declarado de oficio la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de la infracción administrativa que fue imputada a SEAL.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar de oficio la **PRESCRIPCIÓN** de la potestad sancionadora de Osinergmin respecto de la infracción consistente en no haber valorizado correctamente las obras evaluadas en la supervisión muestral correspondiente al año 2006 en función del VNR y disponer el **ARCHIVO DEFINITIVO** del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 2010-277 (Expediente SIGED N° 201300008012).

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Salvador Rómulo Salcedo Barrientos y Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo.


LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
PRESIDENTE